

INTRODUCCIÓN

Pedro Serna

Los trabajos que componen el número 41 de *Persona y Derecho*, segundo de los volúmenes en homenaje a Javier Hervada, han quedado divididos en cuatro secciones. Al igual que en el número anterior, la división y adscripción de los artículos a cada uno de los grupos están muy lejos de ser indiscutibles: el agrupamiento que se ofrece a continuación nos ha parecido el más correcto, pero no ha sido fácil decidir entre las diferentes posibilidades.

El primer grupo contiene estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales, tema al que Hervada ha dedicado gran atención, no sólo desde el punto de vista filosófico-jurídico, sino también como parte de sus estudios de Derecho constitucional canónico, bajo la forma de derechos fundamentales de los fieles. Entre las colaboraciones de este primer grupo, las de los Profs. Beuchot y Méndez se refieren al problema del fundamento. El artículo del Prof. Beuchot tematiza como dilema filosófico e incluso moral la alternativa entre una fundamentación absoluta de los derechos o su mera consagración positiva, y ofrece un catálogo de las ventajas e inconvenientes de cada una de las dos opciones, para acabar argumentando en favor de una fundamentación iusnaturalista abierta a la historia, no dependiente de valores atemporales y rígidos, que él llama *iusnaturalismo analógico*. Por su parte, el Prof. Méndez conecta las vicisitudes de la fundamentación de los derechos humanos en el Occidente contem-

poráneo con la crisis de la Ética, que él caracteriza con trazos fuertes y de inusual contundencia como carencia metafísica. Para Méndez, el pluralismo de culturas sitúa el problema de la fundamentación de la Ética y de los derechos humanos en su máxima radicalidad. Su propuesta pretende ofrecer una vía de acceso a la unidad de la Ética, con vistas a sus proyecciones sobre el Derecho, a partir del camino abierto por aquellos sectores de la filosofía actual que se abren de algún modo al pensamiento, concretamente por la Hermenéutica. El punto de partida para esta propuesta será la consideración de las sociedades contemporáneas, que Méndez llama “planas” en cuanto ha desaparecido de ellas toda diferencia consistente. A su juicio, tal desaparición conduce a la pura indiferencia, y al reclamo de una libertad sin apenas límites ni orientaciones, al fin de la historia, tal y como lo entendiera Fukuyama. Sin embargo, la inevitable aparición de conflictos y reivindicaciones en esas sociedades planas de fin de siglo desmiente que haya llegado el fin, y lleva de la mano al descubrimiento de perfiles originarios con relieve. La perspectiva aportada por una hermenéutica del sentido permite a Méndez proponer una refundación de la Ética sobre la base de lo que llama el “dinamismo del amor”.

Muy ligado a la temática de los anteriores estudios se encuentra el tema de la universalidad de los derechos. De él se ocupan tres textos. El Prof. Ballesteros muestra, en línea de coherencia con anteriores trabajos suyos, cómo la concepción individualista de la libertad compromete la universalidad de los derechos en la medida que conduce a la exclusión de los no autónomos y olvida que los recursos no son ilimitados. Frente a esa postura, Ballesteros pone de relieve que la universalidad de los derechos sólo es posible teórica y prácticamente en la medida en que se repare en los caracteres de vulnerabilidad e interdependencia del sujeto humano, en la necesidad de atender al largo plazo, en la inseparabilidad entre derechos y deberes, así como en la inalienabilidad de los derechos. Por su parte, la Dra. Velarde se

ocupa también de las relaciones entre individualismo y universalidad de los derechos humanos, pasando revista a las diferentes posiciones que pueden identificarse en el debate actual sobre los derechos en las sociedades multiculturales, y a las concepciones de los derechos que se han propuesto en torno a ellas. El último de los trabajos sobre la universalidad, de la Prof. Encarnación Fernández, inicia su análisis recordando que la indiscutible vocación universal de los derechos tal y como fueron concebidos por el pensamiento liberal ilustrado constituye, sin embargo, una de las promesas incumplidas del iluminismo. A continuación destaca los logros alcanzados, en lo que a la universalidad se refiere, por el proceso de generalización de la titularidad sobre los derechos que ha tenido lugar a lo largo de los siglos XIX y XX, si bien recuerda que no debe aún considerarse concluido este proceso, pues la equiparación entre nacionales y extranjeros todavía es sólo parcial y, por otra parte, la reivindicación de los derechos desde la autonomía de la voluntad proyecta una sombra de individualismo que impide la incorporación de los “sin voz” al proceso de extensión progresiva de la titularidad sobre los derechos. Para la Prof. Fernández la tarea de la universalidad concreta, esto es, de la universalidad plena, sólo podrá culminarse en la medida que la imagen del hombre deje de ser la del individuo liberal y sea sustituida por un paradigma personalista.

En conexión con el tema de los anteriores trabajos, por lo que tiene de referencia a la cuestión del sujeto de los derechos, está el artículo del Prof. Sánchez de la Torre, que parte de la noción de los derechos sociales, para argumentar a continuación en favor de la existencia de una categoría específica de derechos fundamentales que tendría por sujeto no al individuo humano –no serían, en este sentido, derechos humanos– sino a la sociedad en cuanto tal.

El siguiente bloque de trabajos de esta primera sección se sitúa más cerca del Derecho constitucional, aunque ofreciendo a la vez desarrollos iusfilosóficos de indudable interés. El Prof. Soriano

aborda el tema de los derechos lingüísticos en la Constitución española de 1978, tratando primero de delimitar su condición o no de derechos fundamentales y, en segundo lugar, el problema planteado por la colisión entre los derechos lingüísticos y el principio constitucional de igualdad, sobre todo en lo que se refiere al acceso a la función pública y a la actividad de promoción de las propias lenguas por parte de las administraciones locales. Al final, parece inclinarse por la conveniencia de considerar los derechos lingüísticos como modalidades de ejercicio de ciertos derechos fundamentales, solución que a su juicio permitiría una mayor garantía de todos los ciudadanos frente a la desprotección que puede derivarse de la desmesurada actividad promocional de la lengua particular por parte de las administraciones locales y autonómicas, o incluso por parte de las instituciones comunitarias. Los trabajos de los Dres. Rivas y Cianciardo analizan dos técnicas de interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales: la ponderación de bienes y el principio de proporcionalidad, respectivamente. La primera se aplica en supuestos de colisión entre derechos y, a juicio de Rivas, el recurso a ella no siempre resulta afortunado, entre otras razones porque con frecuencia se oculta la presencia de valoraciones en la actividad ponderativa de los jueces, y porque no son pocos los casos en que la argumentación se detiene antes de haber tomado en cuenta todos los elementos relevantes para resolver la colisión. La regla o máxima de proporcionalidad sirve para determinar qué restricciones legales al ejercicio de un derecho fundamental pueden considerarse constitucionalmente aceptables y cuáles no. Por su parte, Cianciardo sostiene que la máxima en su concepción tradicional, procedente de la doctrina alemana, no impide en todos los casos que el legislador imponga restricciones violatorias de los derechos. Tras mostrar esto, acaba proponiendo la necesidad de combinar los juicios exigidos por la máxima de proporcionalidad con el test del contenido esencial, concebido a su vez en términos teleológicos. Finalmente, la contribución del autor de

estas líneas versa sobre la posición constitucional de la dignidad de la persona y su vigencia efectiva a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, intentando ofrecer algunas explicaciones iusfilosóficas para la notable distancia que se aprecia entre el elevado rango que, en términos axiológicos, reconoce la Constitución Española de 1978 al principio de dignidad, por una parte, y sus escasas repercusiones en sede jurisprudencial, por otra.

La sección se cierra con un trabajo de Manuel Ventura Robles, Secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la evolución institucional de la misma a lo largo de la década 1987-1997, que permite hacerse cargo de algunos de los logros, y también de las dificultades, del sistema interamericano de protección de los derechos. La presencia del Dr. Ventura Robles en este homenaje rubrica una colaboración entre la Corte Interamericana y el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Navarra, iniciada hace años y consolidada durante el período en que el Prof. Hervada ha estado al frente de dicho Instituto.

Casi todas las contribuciones que integran la segunda sección podrían haberse incluido dentro de la primera, por sus evidentes conexiones temáticas, y porque algunas de ellas adoptan expresamente la perspectiva formal de los derechos humanos o fundamentales. Sin embargo, el elevado número de trabajos y su contenido específicamente bioético y biojurídico han resultado decisivos para que, finalmente, aparezcan formando grupo aparte. Dos estudios se ocupan de problemas relativos a la fundamentación, mientras que el resto tratan cuestiones particulares, que van desde el comienzo de la vida humana (aborto) hasta el fin de la misma (eutanasia), pasando por las diferentes vicisitudes de la existencia biológica humana que plantean problemas éticos y jurídicos: las manipulaciones genéticas, la filiación artificial, ciertas enfermedades para las que se prescriben tratamientos en conflicto con la conciencia de los pacientes, e incluso algunas estaciones de la vida humana, como la menopausia, donde se pone de relieve con fuerza los peligros éticos que circundan al problema de la

diferencia entre los sexos. El resultado es un panorama muy completo de los principios, temas y problemas de la Bioética en el momento actual.

La Prof. Hoyos Castañeda vuelve sobre el tema de la tesis doctoral que hace años le dirigiera el Prof. Hervada, y nos ofrece ahora diez postulados sobre la concepción actual de la persona en el contexto de la Bioética y del Bioderecho, tanto desde un punto de vista descriptivo –lo que sucede– como normativo –lo que debería suceder, a juicio suyo. El segundo de los estudios de carácter fundamental en esta sección lleva la firma del Prof. Carlos Ignacio Massini, quien, tras reflexionar acerca de la noción de principio y de los principios prácticos, afronta la exposición y crítica del principio de autonomía en su versión bioética, y acaba proponiendo alternativamente un catálogo de principios bioéticos cuya validez se manifiesta precisamente a partir de aquella crítica.

El artículo del Prof. Stith se ocupa del tema del aborto, en diálogo crítico con las que juzga profundas contradicciones de la sentencia *Roe vs. Wade*, que a su juicio pueden ser entendidas como un conflicto entre nominalismo y realismo. Para Stith, a eso se reduce la regla del *birth wall*, que determina un tratamiento y protección diferentes para el individuo humano antes y después del nacimiento.

El desarrollo de la tecnología biomédica plantea múltiples cuestiones a la Ética y al Derecho. De las relativas a la procreación artificial se ocupa la contribución del Prof. Lombardi Vallauri, quien pasa revista, con su acostumbrada brillantez, a lo que llama las dislocaciones que aquella produce sobre el proceso generativo y sobre el principio de protección a la familia. Por su parte, la Prof. Aparisi analiza las repercusiones de la manipulación genética sobre el respeto a la dignidad y sobre los derechos humanos. Su estudio comienza pasando revista a las distintas formas de terapia génica, para mostrar a continuación los diferentes derechos involucrados en la puesta en marcha de ese

peculiar complejo tecnológico: el derecho a la libertad de investigación de los científicos, los derechos a la vida, a la salud, y a la integridad genética de los pacientes y, finalmente, las repercusiones de la clonación humana sobre la dignidad personal.

La colaboración del Prof. Martínez-Pujalte propone, en perspectiva constitucional, una serie de pautas para el enfoque jurídico de las negativas a recibir determinados tratamientos médicos originadas por razones morales. El punto de vista elegido por el autor es el derecho fundamental a la libertad de conciencia, de modo que en cada uno de los casos que han ido planteándose a la jurisprudencia, se trata de establecer en qué medida la negativa constituye una forma de ejercicio real de aquel derecho, y en qué medida se trata de una invocación ilegítima.

El Prof. d'Agostino nos ha ofrecido en esta oportunidad una reflexión sobre las consecuencias bioéticas de la abolición de la menopausia por obra de los avances biomédicos. Su punto de partida es la esencial analogía que puede descubrirse entre la menopausia y el problema de la diferencia entre los sexos. Desde el punto de vista cognitivo, se distingue entre sexos de modo semejante a como se construye cualquier otra dicotomía, y el resultado inevitable de esta distinción es una cruda dialéctica y, de hecho, un primado jerárquico de un sexo respecto del otro. Para él, el auténtico problema feminista consiste precisamente en cómo puede recuperarse la diferencia entre lo femenino y lo masculino sin incurrir en la lógica de las jerarquías. A su juicio, la eventual victoria sobre la menopausia puede tener consecuencias importantes en este punto, aunque no necesariamente de carácter positivo, como se muestra en el trabajo.

Finalmente, el estudio del Prof. De Castro Cid y de la Dra. Marcos del Cano afronta el problema ético-jurídico de la eutanasia como conflicto de los valores de autonomía personal y vida humana. Sobre este último, distinguen entre aquellas posiciones que la consideran indisponible por el sujeto y las que optan por una disponibilidad matizada. La postura de los autores es crítica

respecto de la absolutización de cualquiera de los dos valores, aunque acaban defendiendo la legalización de ciertas formas de eutanasia, a la que consideran un mal menor en casos extremos, presupuestas las pertinentes medidas preventivas y garantías en la adopción de la decisión y ulterior ejecución de la práctica eutánica. Conviene señalar a este respecto que *Persona y Derecho* no suscribe necesariamente las opiniones contenidas en los trabajos que en ella se publican. En el caso de este artículo, la postura de la revista es de abierta discrepancia con la conclusión a que llega en sus dos últimas páginas.

Entre los derechos humanos en concreto, aquél que ha reclamado más intensamente la atención de Hervada, y al que más páginas ha dedicado, es sin duda el derecho a la vida. Probablemente, tras él estaría el derecho de libertad religiosa, que ha sido objeto de tratamiento por el maestro, tanto en su condición de canonista como de académico de la Filosofía del Derecho. Ambas perspectivas le han convertido en un observador agudo y crítico de la actual Ciencia del Derecho Eclesiástico. La tercera sección acoge tres estudios precisamente sobre libertad religiosa. El del Prof. Dalla Torre afronta un tema espinoso de la Historia de los derechos humanos, como es la posición crítica de la Iglesia respecto de la libertad religiosa, tal y como ésta se entendía por los pensadores laicistas de la Ilustración. El papado de Gregorio XVI es el más significativo a este respecto. En su completo estudio, el Prof. Dalla Torre trata de definir el contexto histórico-ideológico, el horizonte cultural y la peculiar sensibilidad de este papa, por considerarlos marco hermenéutico imprescindible para evaluar los textos de su magisterio sobre la libertad religiosa y la *libertas Ecclesiae*, que aborda en el núcleo del trabajo. Entre las conclusiones a que llega se encuentra la continuidad de la doctrina de este Pontífice con la inequívoca proclamación y defensa de la libertad religiosa llevada a cabo por el Concilio Vaticano II.

El trabajo del Dr. Saldaña tematiza la libertad religiosa en su doble dimensión de derecho humano fundamental y de principio

rector de las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas. Las coordenadas de su tratamiento son, por un parte, generales, y por otra, las específicas de México, país del autor, cuyo Derecho constitucional ha reconocido la libertad religiosa en fechas todavía muy recientes. En las mismas coordenadas espaciales se sitúa el artículo del Prof. José Luis Soberanes, que estudia la ley de desamortización de 1847, un episodio particular de las siempre difíciles relaciones entre el Estado mexicano y la Iglesia Católica.

La última sección contiene los estudios de Ética y Teoría de la justicia que no resultaban agrupables temáticamente bajo la rúbrica de la bioética o de la libertad religiosa. Tampoco su enfoque formal era el de los derechos humanos, aunque alguno de los temas admitiría sin esfuerzo un planteamiento en clave de derechos humanos.

El Prof. John Finnis comienza presentando la que considera posición moderna dominante en relación con la actitud del Estado ante la conducta (homo)sexual de los ciudadanos, según la cual el Derecho no puede discriminar universalmente a alguien en virtud de su conducta sexual, aunque sí le cabe al Estado desalentar las conductas homosexuales. A continuación analiza las tesis implícitas en tal postura, que guardan relación con el papel de la ley respecto de la moral, por una parte, y con el disvalor moral de la conducta homosexual, por otra. Sobre esto último, trata de mostrar que la raíz del juicio negativo sobre la homosexualidad no reside en creencias religiosas cristianas, sino que estaba fuertemente asentado en el mundo antiguo, como lo muestra la posición contraria unánime de Sócrates, Platón y Aristóteles, en Grecia, amén de otros autores igualmente ajenos a la tradición cristiana, como Plutarco y Musonio Rufo. A continuación ofrece una justificación filosófica de esta posición, relacionada con la concepción del matrimonio monogámico y heterosexual como cauce *natural* de expresión de la sexualidad humana. Es en esta justificación donde se incluye ya la postura de la Iglesia Católica. Al

final de su exposición, Finnis expone su postura en torno al papel que han de jugar el Derecho y el Estado respecto de la vida de los ciudadanos y, desde otro punto de vista, la ley respecto de la moral.

De las relaciones entre Derecho y moral parte también la Prof. Nuria Belloso en su tratamiento de la justificación filosófica de la sanción penal, tanto en perspectiva histórica como en el contexto del contemporáneo Estado social y democrático de Derecho. A la pena de muerte se refiere el artículo del Prof. Tzitzis, para quien el humanismo moderno y postmoderno habrían adoptado una postura desmesurada en su crítica de la pena capital, a diferencia del humanismo clásico griego. Según Tzitzis, crímenes contra la humanidad y genocidios como los que hoy conocemos en África y otras regiones del planeta, no sólo deshumanizan a quienes pierden su vida en ellos, sino que ponen de relieve la deshumanización e inhumanidad de los criminales. Por eso, antes de protestar contra la punición, concluye el profesor de París, hay que comenzar por ponderar en su justa medida la atrocidad del crimen.

El estudio del Prof. Maciá se ocupa de las concepciones causalista y finalista de la libertad humana. En él se contiene una extensa exposición de las ideas de Suárez como modelo de una teoría finalista de la acción. Hobbes y Leibniz aparecen como representantes de una concepción causalista, en la que la motivación, más que el fin al que se dirige el acto, constituye el elemento nuclear del mismo.

Los dos trabajos restantes abordan asuntos relacionados con cuestiones epistemológicas. El del Prof. Boggiano es una brevísima reflexión sobre las inconsecuencias pragmáticas a que conducen las posiciones relativistas en el plano epistemológico y axiológico. Por su parte, la contribución de la Dra. Manassero es un completo examen de los perfiles que adquiere el concepto de razón práctica en la *Nueva Retórica* de Ch. Perelman.

Los artículos que componen este segundo volumen poseen, al igual que los del primero, el valor añadido de la cercanía intelectual. Los temas que tratan resultan familiares, casi sin excepción, a la personal tópica filosófica del destinatario del homenaje. Sólo me resta expresar, en nombre de *Persona y Derecho* y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, el debido agradecimiento a los autores por su colaboración y por el afecto y reconocimiento demostrados hacia la persona y la obra del Prof. Hervada.

A Coruña-Pamplona, septiembre de 1999

*ESTUDIOS SOBRE
DERECHOS HUMANOS
Y
DERECHOS
FUNDAMENTALES*

